

边沁的法典编纂思想与实践

——以其《民法典原理》为中心

徐国栋

内容提要 本文首先介绍了边沁的法典编纂思想的产生条件、内容和影响,然后从一般到具体,分析了边沁的《民法典原理》的基本内容和结构,概括出它的两大特点:物文主义与权利义务对位法,继而分析了边沁的这些主张的局限和影响,尤其是对当代中国的影响。

关键词 法典编纂 民法典 物文主义 权利义务对位法 部门法

作者徐国栋,厦门大学法学院罗马法研究所教授,法学博士。(厦门 361005)

边沁(Jeremy Bentham, 1748 - 1832)是伟大的英国法学家。他在多个领域取得成就并对后世产生了巨大的影响。中国关于边沁的文献尽管多多,但都主要涉及他的功利主义的法律思想,很少涉及到他的最早法典编纂思想家及实践者的角色。本文力图弥补这一遗憾,拟先介绍其在一般的法典编纂理论和草案提供上的成就,然后从一般到个别,研究其《民法典原理》之内容和结构。

一、边沁的法典编纂思想与实践

在边沁的时代,普通法表现出种种弊端:第一,严重的不周延性。由于不面向未来,只面向过去立法,法律中有大量的盲区,填补这些盲区靠法官立法,而这样的立法具有极大的任意性。边沁对此辛辣地讽刺说:“你知道法官如何制定普通法吗?正像一个人为了他的狗制定法律”,因为狗只有挨了打才知道自己不应坐在这个座位上,人像狗一样,只有在受了处罚后才知道法律的内容为何。第二,缺乏普遍性。由于法官立法只针对具体的案件,制定出来的规则具有个案性,很少具有普遍性。第三,混乱性。用边沁的学生密尔(Johan Mill, 1806 - 1873)的话来说:“在该体系

中,与英国的习惯历史分离,不动产与动产,法律与衡平法,重罪,王权侵害罪,渎职,不轨行为,都成了毫无意义的词句……每一种荒谬,每一种不法赚钱手段,都被发现有其原因”。第四,难以接近性。与“第三”相联系,除非受过极为专门的训练,一般的百姓面对这样的英国普通法只能是睁眼瞎,很难掌握之并用来维护自己的权利。如何消除上述弊端?人们想到了法典编纂的解决之道,故长期以来,英国许多当政者及法学家都赞成法典编纂。

就当政者而言,首先有亨利八世,在他在位期间(1509 - 1547),英国政府首次讨论了制定一部民法典的问题。当时的红衣主教雷吉纳尔德·波尔(Reginald Pole, 1500 - 1558)建议按优士丁尼罗马法典的模式制定法典,亨利八世本人支持这一想法,但未付诸实际行动。其次有爱德华六世(1547 - 1553),在他在位时期的1549年,英国上议院在他的支持下考虑过把所有的普通法和制定法都收集在一部法典中的想法,但未付诸行动。其三是伊丽莎白一世,在她统治时期(1558 - 1603),弗朗西斯·培根的父亲尼古拉·培根(时任掌玺大臣)建议她把某个领域的全部法律

汇集到一个制定法中,一旦这样的制定法问世,所有竞争性的法律都要停止生效。最后,要把涵盖某一领域的诸制定法汇集成一个法典。这是一个把部门法法典与总法典结合起来的法典编纂建议,已达到相当高的专业水平,但可惜未引起实际的立法行动。其四是詹姆斯一世(1603-1625),他是一位法典崇拜者,他于1607和1609年两年的议会开幕式上都批评了法官造法以及普通法,建议把全部的法律规则都集中到一部作品中,以便把不成文的普通法转化为丹麦式的成文法和制定法。他在位期间,弗朗西斯·培根(1561—1626)提出了分别对制定法和判例法进行法典编纂,把它们转化为两个法典的建议并得到了国王的接受。从1616年到1620年,建立了有关的委员会,上议院和下议院都考虑了法典编纂方案,但最终它由于国王与议会间的紧张关系流产。

就赞成法典编纂的法学家而言,除了上面提到的为当政者提出法典编纂计划的人物外,还有马修·黑尔(Matthew Hale, 1609-1676),他写了《有关法律修正或改变的考察》,提出了与弗朗西斯·培根相似的法典编纂计划,为此,先是在1653年,后是在1666年,设立了委员会考虑包括制定法典的法律改革,但此等计划也最终流产^①。尔后的主张法典编纂的法学家有斯坦侯普子爵(Earl Stanhope, 1714-1786)、布莱克斯通(1723-1780)、西德茅斯勋爵(Lord Sidmouth, 1757-1844)。他掌权时,曾征求边沁对法律改革的意见,边沁愿帮助他起草一部刑法^②、安东尼·哈蒙德(Anthony Hammond, 1758-1838)、詹姆斯·汉弗莱(James Humphrey, 1768-1830)。他提出了英国的财产法典(Real Property Code)的草案^③、亨利·布劳罕姆(Henry Brougham, 1778-1868)、弗雷德里克·波洛克(Frederick Pollock, 1783-1870)、麦考雷(T. B. Macaulay, 1800-1859,他被指定起草《印度刑法典》^④)、约翰·罗米利(John Romilly, 1802-1874)、亨利·梅因(Henry Maine, 1822-1888)、托马斯·荷兰德(Thomas Erskine Holland, 1835-1926)、詹姆斯·费兹詹姆斯·斯蒂芬(James Fitzjames Stephen, 1829-1894。他在英属印度负责过法典编纂,回到英国后起草英国刑法典)、谢尔顿·阿莫斯(Sheldon Amos, 1835-1886)、麦肯齐·查尔姆斯(Mackenzie Chalmers,

1847-1927)、弗雷德里克·威廉·梅特兰(Fred-eric William Maitland, 1850-1906)等等^⑤。

由上可见,到边沁出生的时候,英国法典编纂的理论与实践已有相当的积累。但遗憾的是,这些先驱者还没有为自己的活动取一个名字,边沁为之造了法典编纂的系列词汇 Code、Codify、Codification并提出了系统的法典编纂理论^⑥。法典一词来自 Codex,本来是书写用的蜡版的含义^⑦,后演化为“折子书”的含义,与“卷筒书”(Volume)形成对应。现在边沁把该词动词化,用来表示一种把法律体系化的立法活动^⑧。除了取名之外,他还把法典编纂理论化,于1802年用法语出版了《完整法典概论》(A General View of a Complete Code of Law)一书(又名《立法理论》——Theory of Legislation),其第一部分是立法原理;第二部分是民法典原理;第三部分是刑法原理^⑨。此书系统地表达了边沁的法典编纂理论以及他对两个最重要的法典的基本设想。在他看来,编纂应是封闭而详尽的立法^⑩。尽管立法者不可能预见所有案件,但可以预见所有的案型。这样就可把法官法和习惯法排除掉^⑪。不难看出,边沁设想的法典应包罗万象,不同于现代公开承认自己的不周延性的法典。晚于此书两年的《法国民法典》至少从表面上看采用与边沁相同的法典理解,可见它反映了当时的时代精神。在边沁看来,既然法典是矫正普通法的上述弊端的手段,它就必须符合以下标准:第一,它必须是完整的,以致于无需用注释和判例的形式补充。他不喜欢判例法,认为法官立法篡夺了立法权,以此满足律师们的贪婪和野心^⑫;第二,在叙述其包含的法则时,必须使每句话都达到最大可能的普遍性。第三,这些法则须以严格的逻辑顺序表达出来。第四,在叙述其包含的法则时,必须使用一致的术语,给这个作品中可能提到的每件事物以惟一的具有准确界定的术语^⑬。简言之,边沁的法典编纂理想是增强法典的可接近性:“掌握法典的知识便无需教授的指导,一个父亲可以在不接受任何帮助的情况下教育他的孩子学习法典^⑭。”

除了前述民法典和刑法典基本构想外,边沁还起草了其他法律部门的法典草案。1786-1789年,边沁写了一部国际法原理,它由四篇论文组成。第一篇论国际法的目的,有五个:毋伤害他

国、保证他国的最大利益、不要成为他国的受害者、接受他国的最大利益、战争时尽可能减少残暴;第二篇是国际法的主体;第三篇是战争的原因和结果;第四篇是对普世的和永久的和平的诉求^⑮。在此书中,边沁提出了放弃殖民地、裁减军备、建立国际法院等具有超前性、被后人付诸实践的观念^⑯。1820-1827年,边沁写作了《司法程序原理(附程序法典大纲)》^⑰,显然它是一个边沁编纂程序法典的尝试。1822-1832年,边沁以垂暮之年编订了一部宪法典,分为两卷。第一卷谈了法的整体的一般划分,把法律分成宪法、民法或分配法、刑法、程序法、财政法、军事法等六大部门,明确地体现了部门法观念,并在几十年后把民法与分配法划等号^⑱。这一卷显得是个学说而非法典。第二卷规定国家的要素,包括领土、主权、宪法权威、立法机关、行政机关、司法机关等内容。此卷中并无关于民事主体资格之授与的规定^⑲。最后要说到的是边沁在约翰·密尔的协助下完成的《证据基本制度导论》,它对证据制度做了极为详尽的、专业化的论述^⑳,对未来的证据法典的起草者具有极大的助益。后来者评价它开启了一个时代,其基本思想是鼓励努力扩大事实裁判可以获得的信息量,解放证据规则,积极发挥证据的证明作用,但也要避免自由证明带来的弊端。边沁的美国“他我”^㉑戴维·达德利·菲尔德非常称赞边沁的这一作品,他为纽约州制定的民事诉讼法典和刑事诉讼法典的证据部分受到此书的深刻影响,菲尔德的《民事诉讼法典》后来成为美国民事诉讼改革的基础。所以,在当今的《美国联邦证据规则》中还可找到边沁的影子^㉒。

由上可见,在边沁认可的六个法律部门中,除了财政法和军事法外,他都进行了法典编纂尝试。另外,对于在六个法律部门之外的国际法,他也做了类似的尝试。可以说,他尽其一生提供了五至六部法典的草案,它们分属宪法、民法、刑法、程序法(按现在的标准,可以分为民事诉讼法和形式诉讼法两个部门法)、国际法。可以说,现代六法中,只有商法没有经受过他的法典编纂尝试。这样的工程只有优士丁尼的法典编纂可以与之匹敌,但优士丁尼是组织了一个委员会这样做,而边沁是一个人在少数助手的帮助下这么做!这需要多大的知识储备与精力储备!又需要多大的责任

心支撑!无怪乎边沁终身未婚;无怪乎他每天要写对开纸10-15页;无怪乎他取得律师执照而终身未办一案^㉓。他未受任何当局的委托这样做,而是基于对人类的义务如此劳苦。终其一生,边沁未在任何大学、任何政府机关就职,完全以自由人的身份存在,因此可以独立思考。支撑他的这种独立的是其父亲留下来的丰厚财产,这一事例可以证成财产与自由的联系。在边沁的身上,完全体现了自由之精神、独立之人格的知识分子形象。“面对他的骨骼”^㉔,高尚的人将流下热泪”。正因为这样,在他死后,杰佛逊总统、俄国沙皇、瑞典国王都寄来了哀悼信。荷兰国王授与他金质奖章。法国著名作家维克多·雨果这样说他“将被列在这个时代配得上最好的人之称号的人们中”^㉕。

边沁不仅认为英国的普通法要受法典化的改造,而且认为所有的国家都要这么做,因此,他首先对美国提出了法典编纂建议。1811年,他给詹姆斯·麦迪逊(James Madison)总统写信志愿为美国编纂法典。但次年爆发了美英战争,英军焚毁了华盛顿,导致麦迪逊总统没有及时回信。此时边沁发现美国是个联邦制国家,立法权主要在州一级而非联邦一级,于是给各州的州长写信提出同样的法典编纂建议,但只有新罕普什尔州的州长威廉·普纳姆(William Plumer)表示有这方面的兴趣,但该州的议会又无此等兴趣^㉖。另外,他还对俄国(建议为其制定刑法典)、波兰(建议为其制定宪法典)、法国、葡萄牙、西班牙、希腊、特里波里、阿根廷、危地马拉、印度、埃及的统治者(建议为其制定宪法典)提出过法典编纂建议,因此被称为“一切时代和一切人民中最大的法典迷”^㉗。

但边沁的法典编纂计划在英国并未得到明确的接受,原因是多方面的。首先是职业的原因,英国律师已习惯了现在的这套法律方法,一旦制定法典需要重新学习,而且要让他们成为多余,他们当然坚决反对制定法典^㉘。其次,边沁的不承认存在漏洞之可能、一定要把某一部门的全部规范一网打尽的法典法方案过分理想化,落到操作层面就会受到排斥。最后,边沁在性格上过于激愤,以致于没有认识到自己所攻击的制度的基本优点^㉙,盲目否定导致他背离英国法律传统太远,变

成了破坏者而不是建设者^④。尽管如此,英国及其殖民地(包括其前殖民地)在法典派人士的反复劝说下,也有一些部分性的法典化的动作,例如制定了《司法改革法》、《流通票据法》^⑤。在英属印度,则于1860年前后制定了《刑法典》、《刑事诉讼法》、《民事诉讼法》、《公司法》、《离婚法》、《证据法》、《合同法》等^⑥制定法,并把在印度“实验田”取得的法律改革成果推广到其他英属殖民地,例如苏丹、肯尼亚、桑给巴尔^⑦。值得强调的是,这些英印法典都出自边沁的弟子(罗米利和麦考雷)之手。作为英国殖民地的马耳他在1854年制定了《民事诉讼法典》;1868-1873年的期间制定了《马耳他民法典》。在这个殖民地,英国普通法主要体现为商法上,民法被留给法典法^⑧。当时的英国能容忍一个自己的殖民地制定民法典,不能说其中没有边沁的影响。在美国,1865年《纽约州民法典草案》的作者戴维·达德利·菲尔德的工作显然与边沁的学说具有密切联系,边沁在法典编纂方面做过的事情他几乎都做过了。更有甚者,1825年《路易斯安那民法典》的作者之一爱德华·利文斯顿(Edward Livingston)也是边沁的受影响者^⑨。

二、边沁的《民法典原理》的基本内容和结构

如前所述,《民法典原理》属于《完整法典概论》一书的第二部分。全部分为三编。第一编,民法的目的;第二编,财产的分配;第三编,与几种私法地位相关的权利和义务。

第一编的第一章是论权利与义务。边沁在本章给权利义务下定义并把自由作为两者的基础。在他看来,权利本身是一种利益,它给其享有者带来好处;义务是职责,对于必须履行它的人来讲是负担^⑩。权利和义务的基础是自由,因为权利是对自由的扩张,义务是对自由的限制。政府拥有限制自由的权力,但不得滥用之。根据功利主义的原则,只有为最大多数社会成员的最大利益才能为此等限制。

第二章是民法的各种目标。边沁认为有如下四个目标:生计、富裕、平等、安全。生计是基本的生存条件;富裕是对生计的超越;平等是社会成员有同样的机会达成自己愿望的目标;安全是财产

的保障。民法要提供生计;确保富裕;有助于公平;维持安全。边沁在这里走进了民法的基本原则或价值论。在边沁之前,似乎无人对民法的价值做过如此的抽象。

第三章是这些目标的关系。边沁认为民法的四大目标的重要性并非同一,生计和安全为其中的最重要者,在它们与其他目标发生冲突时,后者要让位于它们;在不危害安全的情况下才可以讲平等。实际上,生计关乎贫者,安全关乎富者,把生计和安全都列为优先,隐含着平等的因子。

第四章是关于生计的法律。边沁认为没有任何法律是直接关于生计的,法律所能做的,是提供奖惩影响人们自我提供生计。通过在人们劳动时提供保护,通过使人们确信他们劳动的果实能为自己享用,法律间接地提供生计^⑪。边沁通过此论力图摆脱了国家供养其人民的责任,把立足点放在人们的自主性上。但在本编第十四章中,边沁又建议运用公共管理的捐献济贫,换言之,直接提供生计。这两种说法是矛盾的。

第五章是关于富裕的法律。边沁认为法律并无指导人们追求富裕的任务,因为趋乐避苦的人性本身就会引导人们追求富裕。这里体现了边沁的自由放任主义思想,这也是他的时代的主流思想,体现在整个《民法典原理》中。

第六章是关于平等的好处以什么为基础的病理学命题。这里的病理学(Pathology),特指关于感觉、情感、激情及其对幸福的影响的知识。边沁在这里论证了财富与幸福的正相关,并证明同样单位的财富对不同处境的人产生的效用不同,由此为财富从多有者向少有者的移转提供了依据。在此之上可建立保险制度、犯罪受害人国家赔偿制度以及统治者的救灾义务。

第七章,安全。安全是对人们能占用和享用自己的劳动成果的保障,它是文明社会区别于野蛮社会和无政府状态的标志。只有在安全的保障下,生产才可能进行,因为人们享有生产成果的期望有保障。

第八章,所有权。从安全过渡到所有权是自然的,因为边沁的安全,实际上就是所有权的安全。按边沁的说法,所有权是在诉讼中受到法律保护的,从物中获取利益的期待。^⑫边沁的这一定义打破了所有权与物之间的直接对应关系,把

“所有权变成了基于物而产生的人与人之间的法律关系。”^④边沁否认自然的所有权,认为所有权与法律同生共死^⑤。到这里,边沁进入了其民法理论的核心,他的这一理论实际上是围绕着所有权打转的。

第九章,对于一种反对意见的回答。批驳贝卡利亚的“所有权是一种可怕的、也许是不必要的权利”^⑥的观点。贝卡利亚是边沁的精神导师,边沁的功利主义理论的形成受到了贝卡利亚的影响,但他仍然不能容忍乃师的上述共产主义言论。在边沁看来,所有权克服了懒惰、使迁徙民族定居、引发了对国家的爱和对后代的考虑,真是一个好东西。贝卡利亚的上述言论基于所有权只对富人有利,是帮助他们压迫穷人的工具的判断,边沁则论证所有权对富人和穷人同样有利。

第十章,对侵犯所有权所致之恶的分析。边沁认为有不法拥有的恶、失去的痛苦、对于失去的恐惧、对勤劳的扼杀,前两个恶是涉及个人的,后两个恶是涉及社会的^⑦。这是边沁从反面论证所有权的价值。

第十一章,安全和平等的对立。安全是一个保障所有权的概念,每个人依其能力获得的所有物不可能一样,这样就会破坏平等。边沁认为,在此等情形,宁愿牺牲平等,也要保障安全。事实上,一部分居民的富裕乃是另一部分数量更多的居民生计的来源。走调的平等会成为懒惰者对于勤劳者永远的抢夺的一种掩盖。

第十二章,统一安全和平等的手段。边沁认为时间是这种手段。时间引来死亡,人死之时立法者可通过限制遗嘱的效力再分配财产,从而带来平等。只要没有限定继承制度,大财产必然被次第分解为小财产,因而带来平等。

第十三章,为安全而牺牲安全。标题中的两个安全不同,一个是理论上完美的安全,一个是实践上完美的安全。一个是不拿走任何人的任何东西的要求;另一个是不拿走任何人为生存所必要的东西的要求,为了后一种安全可以牺牲前一种。其适用如收税,由此拿走一个人的部分财产去供养国家的保卫者、去救灾;又如限制一个人用自己的财产伤害自己或他人,等等^⑧。这一部分表现了边沁的限制所有权思想。

第十四章,某些容易引起争议的情况。本章

是对前章的展开,涉及用公共管理的捐献救济穷人、支付公共宗教的花费、扶持艺术和科学。前者是为了解救不幸者、中者是为了解救自己,因为宗教人士的劝诫使恶行减少,捐献者可分享由此而来的好处;后者是为了国家的门面。三者都限制了安全,但催生或保护了其他价值。

第十五章,攻击安全的事例。本章讲的都是以各种方式剥夺他人财产的事例,有如下形态:不平等的征税,即不管被征者财产状况一体征收的税,它对穷人是一种剥夺;强迫提高货币价值,这是政府对其债权人实施的盗窃;强迫调低利率,这样破坏了债权人的安全。边沁写过《为高利贷辩护》,鼓吹自由主义的经济理论,这里又老调重弹;普遍没收充公;遣散修女院和修士院,以此攫取此等机构的财产;停发养老金、取消职位而不做补偿。

第十六章,强迫交换。边沁认为强迫交换在主观价值论者看来不公平,但为了避免巨大损失应该进行,例如科加袋地的邻地通行地役权。边沁由此揭示了公共利益原则,给安全加上了另外的限制。

第十七章,法律的力量与人们的期望的关系。讲作为人民期望的控制者的法律应具备的条件,例如要走在期望的前面、被人了解、始终一致、与功利原则相一致、易于理解、让人确信会被执行、被逐字逐句地遵守,让法官无解释空间等。

第二编的第一章是授与财产权的资格。有以下资格:先占;时效取得;对土地的地下内容和产出的占有;对在土地上生长的东西和落到土地上的东西的占有,例如取得定居在土地上的动物和被风雨驱赶到土地上的鲸鱼;对邻地的占有,指类似于河流改道后留下的河床归毗邻土地所有人的情形;对自有物的改良,指通过劳动在自己物上取得的收益应归所有人取得;对他人财产的诚信加工;在他人土地上的勘探开采,开采人可取得收益,但要让土地所有人分享;在公共水域捕鱼自由;在无主土地上狩猎的自由^⑨。显然,整个第一章是谈所有权的发生依据的,在叙事方略上边沁存在一些问题,例如,捕鱼和行猎都是先占,应与先占一并论述,但边沁把它们分开了。

第二章,另外一种取得方式——同意。边沁首先讲交换的好处,然后讲导致交换无效的原因,

它们有:不当隐瞒、诈欺、不当强制、收买、错误(包括针对法律义务的和针对标的物价值的)、禁治产、未成年和精神病、有可能造成对公众的损害的标的物、土地存在转让障碍。显然,本章完全是合同的有效要件理论,其中包括合同主体资格在德国应在总则中讲的问题。但本章不是合同法,它不仅未包括合同的其他一般理论,而且未包括哪怕一种具体合同。

第三章,另外一种取得方式——继承。从本章开始了继承法,实际上是法定继承法。边沁认为继承法负有让财产平均化、消解平等与安全的矛盾的任务。在他看来,继承法在财产分配上还要赋予卑亲属优先于尊亲属和旁系亲属的地位。边沁还试拟了15个条文,它们体现了男女平等原则、有利于生存妻子的原则。

第四章,遗嘱;本章进入了遗嘱继承法,与前言共同构成继承法。边沁认为遗嘱人可以考虑继承人的不同需要从而分配遗产,因而比法定继承周到。而且,遗嘱权是遗嘱人调控继承人行为的工具,具有积极意义,但不得滥用。边沁考虑了遗嘱人可否把全部遗产留给非法定继承人的问题。如果做出肯定的回答,将减少国家作为继承人的机会;如果做出否定的回答,又将剥夺遗嘱人的自由。面对如此困境,边沁采取了中道:允许遗嘱人把一半遗产给非法定继承人,另一半归国家。把遗嘱紧挨着合同讲,乃因为它们都是法律行为,故交换无效的一些原因,例如隐瞒和错误,也导致遗嘱无效。

第五章,针对服务的权利——取得它们的手段。边沁把服务看作一种不同于物的财产作为分配对象谈论。条陈了服务的类型,把治安官与市民的服务提供关系列入其中^③。取得服务的手段有三:绝对的需要、在先的服务、协议。前者如为保卫国家提供的服务;中者如后来的服务是对已接受的服务的报偿的情形,父亲年老了可要求子女扶养属此。这样,“服务法”与家庭法的界线就模糊了;后者如从零点开始,双方在经过协商一方为对方提供服务的情形。

第六章,财产共有及其不便。本章讲共有问题,边沁遵循罗马人的传统把共有看作争讼之源。但共同使用是个例外,它能带给社会积极的价值。

第七章,损失的分配。讲转让中对标的物的

风险承担问题,边沁认为应由出卖人承担,因为他具有较强的预防风险发生的能力。

第三编,首先是导论,其中介绍了以下各章将要论述的四种私法地位。

第一章,主仆。边沁将他们之间的关系定性为契约关系,其中包括师徒关系,师傅兼有主人和监护人的地位。

第二章,奴隶制。在边沁的时代,英国尚未废除奴隶制,这种制度到边沁去世的次年(1833年)才废除。但边沁的奴隶制是特定的:只要服务的义务在时间上是无限的,就能够构成边沁讲的奴隶制,因此,俄国的农奴也是边沁意义上的奴隶。边沁在本章谈到了奴隶制的坏处以及解放奴隶问题。

第三章,监护人和被监护人。边沁认为监护是一种家庭行政。他一方面把监护称为权利,另一方面又说监护完全是一种负担,从而陷入了矛盾。边沁甚至要求监护人在被监护人无财产时承担对后者的扶养义务^④,但符合特定条件的人应被豁免监护职责。违反职责的监护人应受到惩罚。

第四章,父母与子女。边沁认为父亲一方面是子女的主人,另一方面是他们的保护人。边沁还讨论了父权的合理性,反对把孩子交给国家的激进主义观点。

第五章,婚姻。边沁在本章讲了七个问题:结婚的主体资格,涉及禁婚范围;可否允许离婚;结婚的条件;婚龄;婚姻自主权;可否允许多偶制;结婚的形式。

观察以上内容,可以说,边沁的《民法典原理》包含了现代民法典的基本内容,不过安置的地方不同而已。

显然,第一编是总则,它规定了民法的四大基本原则,并把保障安全作为首要,由此推出所有权问题,边沁以各种形式高喊所有权神圣的口号。

第二编是物法,它以取得所有权的方式为叙事的主线,把占有的取得方式与合意的取得方式并列,把对物的取得与对服务的取得并列,把生因取得与死因取得并列,由此导出了合同法和继承法。所以,边沁的物法像盖尤斯的物法一样,是包括合同法和继承法的。财产共有和损失分配是游离于叙事主线的笔墨。共有是所有权制度的附

件;损失的分配是合同法的附件。

第三编是家法,它不仅包括现代意义上的家庭法,而且包括主仆关系法、主奴关系法和监护法这些调整准家庭关系的规范。

简化一下,边沁的民法典草案具有这样的结构:

第一编 总则

第一分编 民法基本原则

第二分编 所有权之一般

第二编 物法

第一分编 所有权的取得方式

第二分编 合同法

.....行为能力

.....?

第三分编 继承法

第三编 家法

第一分编 主仆关系

第二分编 主奴关系

第三分编 监护关系

第四分编 亲子关系

第五分编 婚姻关系

对于上述结构略图,可以做出的分析是,首先,边沁的《民法典草案》具有总则思想,作者具有从一般到具体说明问题的冲动。比这一草案晚两年的《法国民法典》没有设立总则。将近100年后的《德国民法典》才有了总则,所以,在总则问题上,边沁的思想是很超前的。

其次,边沁的《民法典草案》是在英国历史上第一次以权利义务为龙头组织民法材料的尝试。其老师布莱克斯通的《英国法释义》尽管把权利作为龙头,但没有把相应的义务也作为龙头,而是采用了权利——过犯(Wrong)的二项式^⑧。边沁对此做了改进,形成了权利义务的对仗结构。他把民法称为分配法^⑨,所分配者即为权利和义务。为何他要在权利的对面补上义务?这是个值得注意的问题,至少他的如下话可作为一种解答:“人们最需要注意的事情是他们的义务;因为对于他们的权利,不论是什么权利,他们总会自觉地注意到的^⑩。无论如何,边沁开创的权利义务对位法成为统治法学界百多年的基本思维模式,直到最近遇到“光谱法^⑪”的挑战。

第三,这一草案代表了一种对民法的财产法

理解,即物文主义的民法观,把民法主要看作调整财产关系的法。首先表现为它比现代民法典少了一个人格法,即主体资格法。没有关于自然人的规定,也没有关于法人的规定。从中找不到关于权利能力的规定。关于行为能力的规定被缩减在合同法中。边沁的《民法典原理》的编者多蒙特(Etienne Dumont)在为此书写的导言中更明确指出:民法处理财产关系和家庭关系^⑫。这是一种典型的温德沙伊德式的民法调整对象表达^⑬。这样的安排古今都有。就“古”而言,可找到西塞罗作为代表。他把市民法定义为“为属于同一城邦的人确立的公平,以保护他们的财产^⑭”;就“今”而言,可找到西班牙学者阿尔瓦罗·多勒斯为代表。他说,私法是解决人们间就物的私人利用发生的冲突的法^⑮。边沁三岁多一点开始学拉丁文,能背诵西塞罗的许多作品^⑯,可以设想他的这种民法观来自西塞罗。人格法在边沁草案中的阙如很奇怪,因为现代立法者回避人格法的理由是它的公法性,由此很自然地设想边沁会把这部分内容规定在其宪法草案里,但在这一草案中却找不到关于人格法的规定,看来,他对这一法的分支的忽略很可能是基于自然法思想,认为主体资格是天赋的,不需要立法者规定。其次表现为它在规定家法时也是先规定生产性的主仆关系和主奴关系,然后才规定生活性的亲子关系和婚姻关系,总是把财产关系放在至尊的地位,如果不得不规定一点人身关系,也要千方百计把它贬低为次要。

第四,这一草案在一些方面很落后。首先,它保留了盖尤斯的三合一式的物法,没有吸收雨果·多诺(Hugues Doneau, 1527 - 1591)区分物权与债权^⑰、雅松·德·马伊诺(Jason de Mayno, 1435 - 1519)区分物权与继承权^⑱的研究成果;其次,仍然维持孟德斯鸠式的家法概念^⑲,未把这一法律部门推进到家庭法阶段。当然,这样的安排可能出于时代的局限,例如,边沁在世时英国未废除奴隶制。

第五,这一民法典草案并不涵盖全部民法被公认的内容。例如没有规定法人、他物权、责任之债(侵权行为、无因管理、不当得利等)。这样的安排部分可从边沁的《民法典原理》的编者多蒙特为此书写的导论中得到说明:“律师总是在虚

构的基础上思考,并给予这些虚构以与现实同样的效力,例如,他们……承认甚至连一种外表都没有的准契约……物有时又成了有生命的存在,它们拥有权利,负有义务……边沁拒绝所有这些幼稚的论证^⑩,要依自然编纂法典^⑪,所以,人为的准契约(包括无因管理和不当得利)、法人(即把物当成有生命的存在的制度)等等,都被边沁扫荡出了民法典。这一举措颇有反智主义的色彩,推倒了民法科学历经数千年取得的学术成果,不足称道。

第六,这一草案反映了一种英国的部门法观念。统观边沁的著作,尤其是其晚期著作《宪法典》,可发现边沁严格秉持部门法理论,把法的整体分为各个具体的分支,民法典是诸多的分支之一,并遵循在它们间进行分工的原则,例如,在《民法典原理》最后只一带而过地提到发现配偶通奸作为离婚的原因,同时表示把这一问题留给刑法典。这样的部门法观念在稍早于他的布莱克斯通的《英国法释义》中尚无,在那里只能发现诸法合体的现象。与此相关,在部门法运动之前,民法是世俗法的整体的意思,之后就是世俗法的调整财产关系和身份关系的部分的意思了。可以说,在边沁的手里,部门法理论和作为部门法之一的民法理论得到了稳固的确立。

第七,这一草案尽管在大的框架下已实现部门法化,但它的私法性仍然是不纯的。首先表现为边沁对它的分配法的命名具有父权主义的居高临下色彩,事实上,第一编的内容就包括税法等公法,其他编这方面的涉猎也不少,因此,尽管边沁在许多地方小心地维护私人的自治,他的民法典草案的混合性还是显而易见的,所以,分配法的名称后来被一个法国空想社会主义者泰·德萨米(1803-1850)拿来作为经济法的命名^⑫,就不是什么奇怪的事情了。

三、结论

综上所述,边沁生活在英国的法典编纂思想史的长河中,在他之前已有一些实务和理论人士主张法典编纂,他尽自己的毕生之力最大地在理论上推进了这一事业,为我们留下了丰厚的法典编纂理论甚至几部法典的草案,其中有作为本文主要研究对象的《民法典原理》。在他之后,有更

多的英国人主张搞法典。应该说,边沁的努力取得了成果,尽管英国少有部门法典意义上的大法典,但以制定法形式频频出现的小型法典表达了英国法对于边沁的批评的积极回应。至于边沁在英国以外的影响,可以说,在立法成果上的有限,因为大陆法系的法典编纂活动是相对独立于边沁的思想成果的。在英语世界的范围内,法典思想与普通法思想不过相互折衷取中道而行而已。边沁在理论上的影响更多,甚至可以说,离开了边沁的法典编纂理论,我们几乎无法谈论现代的大规模立法活动。

边沁的法典编纂思想对中国的影响如何?我认为影响不小,因为当下的中国正在运用英国法学家边沁创造的概念和理论工具搞民法典。试想,如果没有边沁创造的法典系列词汇(code, codify, codification)、部门法观念、权利义务对位法,中国的法典编纂何以进行?我们既不能说部门法意义上的“民法”,也不能说这个部门法的“典”,把这个“民法”制成“典”的活动也不能说成“编纂”或“法典化”。那么,我们只好按照《唐律》的方式编一部诸法合体的“律”了。编起来,我们又发现不能按权利义务的对位法组织材料……所有这些该多么可怕!而我们现在的处境之所以不可怕,乃因为我们利用了边沁的研究成果,你说边沁的英国式法学理论对于中国的影响大不大?回答当然是“大”。看看我们周围的人满口法典编纂或法典化,似乎不这么“编”一下,不这么“化”一下,我们就离现代化很遥远,我们就可以感知这个“大”到底有多大了!

限于篇幅,本文未展开说明边沁的《民法典原理》的结构来龙去脉,说清这一问题,等于要呈现一部英语世界的法典编纂思想史,需要相当的时间和篇幅,让我的下一篇论文来完成这一任务吧!

注释:

2008年9月4日,我在中国期刊网以“边沁”为关键词检索篇名,得到3页共48篇文献,绝大部分都是关于边沁的功利主义法律思想的,没有一篇关于其法典编纂活动。

See “Field, David Dudley”, On <http://www.answers.com/topic/david-dudley-field>, 2006年7月15日

访问。

④①参见 [英] 威廉·布莱克斯通著,游云庭,缪苗译:《英国法释义》,第一卷,上海人民出版社 2006 年版,中译本前言,第 8、10 页。

See Gunther A. Weiss, The Enchantment of Codification in the Common - Law World, In 25 (2000) Journal of International Law, p. 471.

See Gunther A. Weiss, The Enchantment of Codification in the Common - Law World, In 25 (2000) Journal of International Law, p. 472 关于培根的法典编纂计划的详细内容,参见 [美] 罗斯科·庞德著,汪全胜译:《法典编纂的源流考察:以民法典的编纂为主要视角》,载何勤华主编:《20 世纪外国民法的变革》,法律出版社 2004 年版,第 167 页。

See Gunther A. Weiss, The Enchantment of Codification in the Common - Law World, In 25 (2000) Journal of International Law, p. 472 1241 年,丹麦国王瓦尔德马二世颁布了《日德兰法书》,它是斯堪的纳维亚的第一部官方法律汇编,分为 3 卷,242 章,对财产、民事和刑事法律作了极粗略的划分。是一部总法典。1683 年,还产生了《丹麦法典》(Dansk Lov)。

See Gunther A. Weiss, The Enchantment of Codification in the Common - Law World, In 25 (2000) Journal of International Law, p. 473

参见 [日] 大木雅夫著,范愉译:《比较法》,法律出版社 1999 年版,第 247 页。

①① See Gunther A. Weiss, The Enchantment of Codification in the Common - Law World, In 25 (2000) Journal of International Law, p. 473

①②②③③④④⑤⑤⑥⑥⑦参见 [英] 边沁著,沈叔平等译:《政府片论·编者导言》,商务印书馆 1995 年版,第 14、19、51、17、58、57、21 页、第 3 页及以次。

①③ See Gunther A. Weiss, The Enchantment of Codification in the Common - Law World, In 25 (2000) Journal of International Law, p. 486

①④ See Charles Noble Gregory, Bentham and the Codifiers, In Harvard Law Review, Vol 13, No 5 (Jan, 1900), p. 351.

①⑤这些主张法典编纂的英国法学家的名单,主要来自 Gunther A. Weiss, The Enchantment of Codification in the Common - Law World, In 25 (2000) Journal of International Law, p. 481.

①⑥边沁还造了“国际”这个词,第一次在他的《道德与立法原理》中使用。

①⑦ See Webster's Dictionary, William Collins Publishing Co., 1979, entry "Code".

①⑧ See Csaba Varga, Codification as a Socio—Historical Phenomenon, Akademiai, Budapest 1991, p. 19.

①⑨该部分已有李贵方等的中译本,由中国人民公安大学出版社于 2004 年出版。其中的第二部分已有孙力等的中译单行本,以《立法理论——刑法典原理》的书名由中国人民公安大学出版社于 1993 年出版。

②②②①参见 [德] 格尔德·克莱因海尔, [德] 扬·施罗德著,许兰译:《九百年来德意志及欧洲法学家》,法律出版社 2005 年版,第 51、53 页。

②④转引自封丽霞:《法典编纂论——一个比较法的视角》,清华大学出版社 2002 年版,第 153 页。

②⑤ See the Works of Jeremy Bentham II, Edited by John Bowring, Edinburgh Simpkin, Marshall, & CO., London MDCCCXL III, pp. 535 ss.

②⑥参见钟继军:《边沁国际法思想探论》,载《求索》2007 年第 1 期,第 106 页及以次。

②⑦③⑦ See the Works of Jeremy Bentham II, Edited by John Bowring, Edinburgh Simpkin, Marshall, & CO., London MDCCCXL III, pp. 1 ss.

②⑧ See the Works of Jeremy Bentham IX, Edited by John Bowring, Edinburgh Simpkin, Marshall, & CO., London MDCCCXL III, p. 11.

②⑨ See the Works of Jeremy Bentham IX, Edited by John Bowring, Edinburgh Simpkin, Marshall, & CO., London MDCCCXL III.

③①这样描述菲尔德,乃因为凡边沁做过的,他都差不多也做了,例如,参与了纽约州的几部法典草案的制定,尤其是其中的民法典草案的起草班子的灵魂,而且还搞了一部国际法典。他像边沁一样地不走运:自己的草案未在本州得到采用。

③②参见吴丹红:《证据的批判与建构——边沁的证据法思想及其启示》,载《环球法律评论》2006 年第 6 期,第 713 页及以次。

③④边沁死后,按其遗愿,在其朋友的注视下遗体被解剖,骨骼被重新组合在一起放在伦敦大学学院的玻璃柜里展示,这些遗骨至今放在这个地方,参见 [德] 格尔德·克莱因海尔, [德] 扬·施罗德著,许兰译:《九百年来德意志及欧洲法学家》,法律出版社 2005 年版,第 52 页。

③⑤ See Charles Noble Gregory, Bentham and the Codifiers, In Harvard Law Review, Vol 13, No 5 (Jan, 1900), p. 355.

③⑥ See Andrew P. Morriss, Scott J. Burnham and Hon James C. Nelson, Montana Field Code Debate: Debating the Field Civil Code 105 Years Late, In Montana Law Review, Summer, 2000, p. 372

③⑦ See Gunther A. Weiss, The Enchantment of Codifica-

tion in the Common - Law World, In 25 (2000) Journal of International Law, p. 476 See also Jeremy Bentham, Principles of Legislation, In The collected Works of Jeremy Bentham, Edited by F. Rosen and P. Schofield, Editorial Introduction, pp. xxix

③⑧ See Sheldon Amos, Codification in England and the State of New York, London: W. Ridgway, 1867, p. 7.

④② See Gunther A. Weiss, The Enchantment of Codification in the Common - Law World, In 25 (2000) Journal of International Law, p. 485.

④③参见徐国栋:《非洲各国法律演变过程中的外来法与本土法——固有法、伊斯兰法和西方法的双重或三重变奏》,载《法的移植与法的本土化》,全国外国法制史研究会学术丛书,法律出版社2001年版。

④④ See Thomas H. Reynolds, Arturo A. Flores, Foreign law electronic database, On http://www.foreignlawguide.com/cgi-bin/ipvalidate_hthypass.cgi

④⑤ See Sanford H. Kadish, Codifiers of the Criminal Law: Wechsler's Predecessors, In Columbia Law Review, Vol 78, No 5 (Jun, 1978), pp. 1099ss

④⑥ See the Works of Jeremy Bentham I, Edited by John Bowring, Edinburgh Simpkin, Marshall, & CO., London MD-CCCXL III, p. 300.

④⑦⑤②③④⑤⑥②⑦⑩参见[英]边沁著,李贵方等译:《立法理论》,中国人民公安大学出版社2004年版,第125页、140页、142页及以次、153页及以次、193页及以次、229页、255页、113页、115页及以次。

④⑧ See Roger A. Cunningham, William B. Stoebeck, Dale A. Whiman The Law of Property, West Publishing, 1993, p. 1.

④⑨ See Roger A. Cunningham, William B. Stoebeck, Dale A. Whiman The Law of Property, West Publishing, 1993, p. 3.

⑤① Cfr Cesare Beccaria, Dei delitti e delle pene, XXII, Su <http://www.classicitaliani.it/varia/beccaria3.htm#de122>, 2008年9月28日访问。

⑤⑦把命题的效力限制在“英国历史上”,乃因为稍早于边沁的康德在其《法的形而上学原理——权利的科学》

中已使用权利义务的对应法。参见沈叔平的中译本,商务印书馆1991年版。

⑤⑧ See Duncan Kennedy, The Structure of Blackstone's Commentaries, In Buffalo Law Review, Vol 28, p. 222

⑤⑨ See the Works of Jeremy Bentham IX, Edited by John Bowring, Edinburgh Simpkin, Marshall, & CO., London MD-CCCXL III, p. 11.

⑤⑩光谱法认为在权利义务两个极端间存在许多过渡性的地带,如权能、权限、取得期待、法益、屈从、职责、负担等。参见徐国栋:《民法总论》,高等教育出版社2007年版,第154页及以次。

⑥③ Cfr Bernardo Windscheid, Diritto delle pandette (Vol I), trad. it. di Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa, UTET, Torino, 1925, p. 41.

⑥④ Cfr Marco Tullio Cicerone, I Topici, 2, 9 Galeazzo Tissoni (a cura di), Arnoldo Mondadori Editore, 1973.

⑥⑤ Vase Alvaro D'Ors, Derecho privado romano, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1986, pag. 27.

⑥⑦ See Peter Stein, Donellus and the Origins of the Modern Civil Law, In Ankun, J. A. et alii (editores), Melanges Felix Wubbe (Fribourg, Suisse, Editions Universitaires, 1993), pp. 450s

⑥⑧ See Robert Feenstra, Real Rights and Classification in the 17th Century: the Role of Heinrich Hahn and Felmann The Juridical Review, The Law Journal of Scottish Universities 1982, 1 ②: Essays in Honour of Professor Emeritus Sir Thomas B. Smith, Edinburgh: W. Green & Son Ltd, 1982 pp. 114s

⑥⑨参见[法]孟德斯鸠著,张雁深译:《论法的精神》,下册,商务印书馆1963年版,第173页。

⑦① Voire Denis Baranger, Bentham et la Codification, En Denis Alland et Stephane Rials (Directeur), Droit, PUF, Paris, 1998, p. 24.

⑦②参见[法]泰·德萨米著,黄建华、姜亚洲译:《公有法典》,商务印书馆1982年版,第30页及以次。

责任编辑 陈亚飞

ment pattern and demonstrates the process and logic of Wenzhou pattern's spreading to Zhejiang phenomenon. Furthermore, this paper indicates the important historical significance of Wenzhou pattern to the development of Zhejiang and China's market economy.

Keywords: Wenzhou Pattern, Zhejiang Phenomenon, Spread, Logic

On Innovations in Theoretical Study of Public Administration (28)

Zhang Kangzhi (School of Public Administration, Renmin University of China, Beijing 100872)

Abstract: We are in the process of a great social transformation from industrial society toward post-industrial society, which poses new demands for the study of public administration, and requires it to commit more to theoretical innovations all-important rather than only discussing technical programs of the social governance. As generally known, theoretical innovation is a formidable creative task, and needs to be considered from reality. But, reality is composed of various appearances and aspects, and it is the public administration researchers' academic consciousness that determines which facts he should consider. Viewed from the theory itself, the concept of "economic man" is an unavoidable problem in the whole theoretical paradigm of industrial society, therefore, in order to assume the task of theoretical innovation under new social background, we should start from reflecting on the concept of "economic man".

Keywords: Study of Public Administration, Theoretical Innovation, Technical Concerning: "Economic Man"

**The Thoughts of Codification and its Practice of Bentham
—Focusing on his Principles of the Civil Code** (36)

Xu Guodong (Law School of Xiamen University, Xiamen 361005)

Abstract: First of all, this paper has introduced the engendering condition, its contents and influence of Bentham's thoughts of codification. Then while moving on to concreteness from abstractness, the author has analyzed basic contents and its structure of Bentham's Principles of the Civil Code, summing up its two main characteristics: tendency of understanding the civil law as a property law and counterpoint of right and obligation. Finally the author has analyzed limits and influence of above-said thoughts of Bentham, focusing on its influence on contemporary China.

Keywords: Codification, Civil Code, The Property Law - Oriented Theory of Civil Law, Counterpoint Of Right And Obligation, Departmental Law

The Rhetorical Argumentation Used in Law (46)

Jiao Baoqian (Shandong University at Weihai, Weihai 264209)

Abstract: Rhetorical argumentation, an important approach of legal argumentation, has its widely practical value in judicial practices. The rhetorical argumentation can be used not only in question of fact but also in question of law. Rhetorical argumentation used in law generally consists of such patterns as persuading audiences through reason, phase, emotion, and moral, etc. Thus, rhetorical argumentation can play a critical role in contemporary discourses in law and politics.

Keywords: Rhetorical Argumentation, Legal Argumentation, Audience

**The Causes For Chinese Land Deterioration And The Implication Of
Foreign Policies With Non - Point Pollution Control** (52)

Han Hongyun (China Academy for Rural Development, Zhejiang University, Hangzhou 310029)

Abstract: The characteristics of diffusion, stochastic, and monitoring difficult make it a challenging issue to control non-point pollution (NPP) not only in developing but also developed countries. Even in developed countries, there are some difficulties with NPP control, they are: how to induce farmers' conservative behaviors through policy designs, how much governments should bear the burden of farmers' conservative costs with technological innovation and land conservation, how governments can encourage small livestock-raising farmers to comply with government environmental policies. The critical issue with Chinese land management is the innovation of institutional arrangements. A combination of industrialization, urbanization and traditional ways of production and life styles makes it more difficult for policy designs concerning NPP control in China. It is